

De toetsing van bestuurders en commissarissen door DNB en de AFM

Het wettelijk stelsel, de praktijk en de mate van rechtsbescherming

mr. G.P. Roth en mr. J.S. Roepnarain*

Trefwoorden: toetsing, hertoetsing, bestuurders, commissarissen, DNB, AFM

* Guido Roth en Janice Roepnarain zijn advocaat te Amsterdam.

¹ In de Wft wordt gesproken over 'personen die het dagelijks beleid van een financiële onderneming bepalen of mede bepalen' (dit laatste slechts ten aanzien van het betrouwbaarheidsvereiste, medebeleidsbepalers worden niet getoetst op geschiktheid), 'leden van organen belast met toezicht op het beleid en de algemene gang van zaken' en 'personen werkzaam onder verantwoordelijkheid van een bank of verzekeraar met zetel in Nederland, die een leidinggevende functie vervullen direct onder het echelon van de beleidsbepalers en verantwoordelijk zijn voor natuurlijke personen wier werkzaamheden het risicoprofiel van de onderneming wezenlijk kunnen beïnvloeden'. Onder voornoemde categorieën vallen onder andere bestuurders, leden van een raad van commissarissen, leden van een raad van toezicht en algemeen bestuursleden bij onderlinge verzekeraars, (eind)verantwoordelijken voor bijvoorbeeld juridische zaken en het aannamebeleid voor risicovolle functies bij banken en verzekeraars alsook, onder omstandigheden, houders van een gekwalificeerde deelneming in een onder toezicht staande instelling. Omwille van de leesbaarheid zullen wij in dit artikel vooral de termen 'bestuurders' en 'commissarissen' hanteren.

² In deze bijdrage wordt het begrip 'onder toezicht staande instelling' gebruikt als verzamelterm voor alle marktpartijen die onder toezicht staan van DNB of de AFM.

³ Zie voor een voorbeeld uit de wetenschappelijke hoek: Herman van Gunsteren (oud-hoogleraar politieke theorieën en rechtsfilosofie te Leiden), 'Wie er bij DNB uitligt, kan het wel schudden', *Volkskrant* 28 januari 2015; en voor een voorbeeld uit de politiek: *Kamerstukken II 2014/15*, 34 198, nr. 5, p. 9.

Deze bijdrage handelt over de betrouwbaarheids- en geschiktheidstoets op grond van de Wet op het financieel toezicht ('Wft') voor bestuurders, commissarissen en leidinggevenden uit het tweede echelon. Het gaat over toetsing en hertoetsing. In deze bijdrage besteden de auteurs, naast het wettelijke kader, aandacht aan het antwoord op de vraag of het hertoetsingtraject wel met voldoende waarborgen is omkleed (redactie).

Inleiding

Deze bijdrage handelt over de betrouwbaarheids- en geschiktheidstoets op grond van de Wet op het financieel toezicht ('Wft') voor bestuurders, commissarissen en leidinggevenden uit het tweede echelon.¹ Een positieve uitkomst op zowel betrouwbaarheid als geschiktheid is vereist om in een (mede)beleidsbepalende functie werkzaam te mogen zijn op de financiële markten. Wat betreft banken en verzekeraars geldt dat per 1 april 2015 tevens voor bepaalde functies in het tweede echelon. De Nederlandsche Bank N.V. ('DNB') en de Autoriteit Financiële Markten (de 'AFM') hebben met het instrument van de betrouwbaarheids- en geschiktheidstoets dan ook een machtig instrument in handen. Het stelt hen in staat om personen te weren die in hun optiek niet (meer) thuishoren in een topfunctie bij een onder toezicht staande instelling.² Deze personen zullen door DNB en/of de AFM worden afgetoetst op betrouwbaarheid of geschiktheid dan wel op beiden. Sequeel daarvan is dat de desbetreffende persoon doorgaans voor onbepaalde periode niet meer werkzaam kan zijn in een (mede)beleidsbepalende functie op de financiële markten. Dat is bij aftoetsing op betrouwbaarheid per definitie het geval, omdat deze toets niet is gekoppeld aan een specifieke functie. Ook aftoetsing op geschiktheid leidt er in de praktijk echter, ondanks het situationele karakter daarvan, toe dat het voor de betrokkene feitelijk onmogelijk wordt om een (mede)beleidsbepalende functie te bekleden bij een (andere) onder toezicht staande instelling. Mede vanwege het ingrijpende karakter van aftoetsing zijn inmiddels niet alleen vanuit de financiële sector kritische geluiden te horen over de betrouwbaarheids- en geschiktheidstoetsingen door de AFM en DNB, maar toont ook de wetenschap en de politiek zich kritisch.³ Daarbij wordt (naar onze mening:

terecht) ook nadrukkelijk aandacht gevraagd voor de wijze waarop de toetsingsprocedure is ingericht en voor de rechtsbescherming die openstaat tegen aftoetsing. De vraag die bij het laatstgenoemde aspect vaak aan de orde wordt gesteld is of er, wellicht niet *de jure* maar dan toch *de facto*, sprake is van een beroepsverbod. De belangstelling voor geschiktheidstoetsingen door DNB is bovendien toegenomen door de recente uitspraak van de Rechtbank Rotterdam in de procedure ter zake de heenzending van de – inmiddels afgetreden – CFO van Delta Lloyd N.V.⁴ Deze zaak heeft veel media-aandacht gekregen, mede omdat het de eerste keer is dat het negatieve geschiktheidsoordeel van de toezichthouder door een bestuurder van een dergelijke grote financiële beursgenoteerde instelling, alsmede door de instelling zelf, is voorgelegd aan de rechter.⁵

In het hierna volgende wordt eerst kort het wettelijk kader van voornoemde toetsingen geschetst. Vervolgens komen de inrichting van de betrouwbaarheids- en geschiktheidstoetsingen en de vraag of de huidige gang van zaken met voldoende rechtswaarborgen is omkleed aan de orde, waarna enkele afrondende opmerkingen volgen.

Wettelijk kader

De geschiktheidsnorm

De geschiktheidsnorm is op twee plaatsen in de Wft verankerd, namelijk in art. 3:8 en 4:9 Wft. Dat hangt samen met het feit dat de in art. 3:8 Wft genoemde instellingen⁶ primair onder toezicht staan van DNB en de in art. 4:9 Wft genoemde instellingen⁷ primair onder toezicht staan van de AFM. Voor al deze instellingen geldt dat (i) personen die het dagelijks beleid bepalen ‘geschikt’ dienen te zijn in verband met de uitoefening van het bedrijf van de betreffende financiële onderneming; en (ii) organen belast met toezicht op het beleid en de algemene gang van zaken van de financiële onderneming ‘geschikt’ dienen te zijn voor de uitoefening van dit toezicht. Voorts is in art. 3:8 Wft sinds 1 april 2015 verankerd dat ook personen werkzaam onder verantwoordelijkheid van een bank of verzekeraar met zetel in Nederland, die een leidinggevende functie vervullen direct onder het echelon van de beleidsbepalers en verantwoordelijk zijn voor natuurlijke personen wier werkzaamheden het risicoprofiel van de onderneming wezenlijk kunnen beïnvloeden, geschikt dienen te zijn. Deze laatste categorie wordt ook wel aangeduid als ‘het tweede echelon’.

De eerste vraag die in dit kader logischerwijze opkomt is wat er wordt verstaan onder ‘geschiktheid’. Een definitie van dit begrip is niet opgenomen in de Wft, noch in daarop gebaseerde algemene maatregelen van bestuur. Wat onder ‘geschiktheid’ wordt verstaan is (slechts) vermeld in de door DNB en de AFM gezamenlijk opgestelde Beleidsregel geschiktheid 2012 (de ‘Beleidsregel Geschiktheid’). Uit art. 1.2 van die beleidsregel volgt dat geschiktheid bestaat uit: ‘kennis’, ‘vaardigheden’ en ‘professioneel gedrag’. In hetzelfde artikel is vermeld dat de geschiktheid van een beleidsbepaler in ieder geval blijkt uit diens opleiding, werkervaring en competenties en de doorlopende toepassing hiervan. Vervolgens is vermeld dat beleidsbepalers geschikt dienen te zijn met betrekking tot de volgende onderwerpen:

- (a) bestuur, organisatie en communicatie;
- (b) producten, diensten en markten waarop de onderneming actief is;
- (c) beheerste en integere bedrijfsvoering; en
- (d) evenwichtige en consistente besluitvorming.

Deze opsomming is wel cumulatief, maar niet limitatief. In art. 1.2 Beleidsregel Geschiktheid wordt voorts verwezen naar de in de bijlage daarbij opgenomen competenties. Aan de hand van die competenties zou dan moeten kunnen worden aangetoond of beoordeeld dat een bestuurder of commissaris geschikt of ongeschikt is voor zijn functie bij een onder toezicht staande instelling. Het betreft de volgende 16 competenties:

⁴ Rb. Rotterdam 31 juli 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:5634.

⁵ Volledigheidshalve zij opgemerkt dat beide auteurs dezes bij de procedure betrokken zijn geweest als gemachtigden van de desbetreffende, inmiddels afgetreden, CFO van Delta Lloyd. Hoewel over de uitspraak van de rechtbank het nodige valt te zeggen, zal daarop om voornoemde redenen in deze bijdrage slechts beperkt worden gereflecteerd.

⁶ Dat zijn: afwikkelondernemingen, betaalinstanties, clearinginstellingen, elektronisch-geldinstellingen, entiteiten voor risico-acceptatie, banken, premiepensioeninstellingen en verzekeraars met zetel in Nederland.

⁷ Dat zijn: beheerders van beleggingsinstellingen, beleggingsmaatschappijen, beheerders van een icbe, maatschappijen voor collectieve belegging in effecten, beleggingsondernemingen, bewaarders, bewaarders van een icbe, financiële dienstverleners, en pensioenbewaarders.

1. authenticiteit	9. onafhankelijkheid
2. besluitvaardigheid	10. onderhandelingsvaardigheid
3. communicatief vermogen	11. overtuigingskracht
4. helikopterzicht en oordeelsvorming	12. samenwerkingsvermogen
5. klant- en kwaliteitsgerichtheid	13. strategische sturing
6. leiderschap	14. stressbestendig
7. loyaliteit	15. verantwoordelijkheid
8. omgevingssensitiviteit	16. voorzittersvaardigheid

Voor deze opsomming geldt dat die cumulatief noch limitatief is. In de toelichting op de Beleidsregel Geschiktheid is vermeld dat dit betekent dat ook andere dan de in de bijlage genoemde competenties door *de onderneming* kunnen worden gebruikt om geschiktheid aan te tonen.⁸ Relevant in dezen is voorts dat uit de toelichting op de Beleidsregel Geschiktheid volgt dat de competenties niet afzonderlijk worden getoetst. In de praktijk wordt aan ongeschiktheidsoordelen echter wel degelijk een onvoldoende op slechts één of enkele van de 16 in de bijlage genoemde competenties ten grondslag gelegd, waaruit dan ook direct zou volgen dat betrokkene niet geschikt is met betrekking tot alle hiervoor genoemde onderwerpen. Onzes inziens kan daarom lastig worden volgehouden dat DNB en de AFM de competenties niet afzonderlijk toetsen. In dit kader is tevens van belang dat in de Beleidsregel Geschiktheid uitdrukkelijk is bepaald dat een beleidsbepaler niet over alle competenties tegelijk of in gelijke mate hoeft te beschikken. Dat spreekt voor zich, aangezien de aandachtsgebieden van bestuurders onderling (sterk) kunnen verschillen. De voorzitter van de raad van bestuur zal bijvoorbeeld primair over andere vaardigheden dienen te beschikken dan een chieft risk officer. Voorts is het zo dat de toetsing, zo volgt uit art. 1.3 onder b van de Beleidsregel Geschiktheid, dient te geschieden met inachtneming van het soort, de omvang, de complexiteit en het risicoprofiel van een onderneming. Bovendien geldt dat indien sprake is van een collectief, de toetsing van geschiktheid met inachtneming van de samenstelling en het functioneren van dat collectief geschiedt (art. 1.4 Beleidsregel Geschiktheid). In voornoemde uitspraak in de *Delta Lloyd*-zaak zijn aan dit criterium enkele voor de praktijk nuttige overwegingen gewijd.⁹ De uitspraak wijst uit dat voorop staat dat iedere bestuurder individueel geschikt dient te zijn, zodat een (vermeend) gebrek aan geschiktheid bij een bestuurder niet snel vatbaar is voor compensatie. Uit de uitspraak volgt echter ook, dat dit niet wegneemt dat het op de weg van de toezichthouder ligt om mede aan de hand van de competenties waarover de andere bestuurders uit het collectief beschikken op kenbare wijze te motiveren waarom die de beweerdelijke ongeschiktheid van de getoetste bestuurder niet zouden kunnen compenseren. Daar komt bij dat indien het collectief wijzigt voordat er een beslissing is genomen op het bezwaar van de desbetreffende afgetoetste bestuurder, de toezichthouder dient te motiveren waarom ook de gewijzigde samenstelling zijn ongeschiktheid niet kan compenseren. Het laatste geldt onder omstandigheden ook als de betreffende wijziging in het collectief voorafgaand aan de beslissing op bezwaar nog niet is geëffectueerd, maar al wel voorzienbaar is.

Betrouwbaarheidsnorm

Zoals reeds gestipuleerd, dienen personen die een (mede)beleidsbepalende functie vervullen bij een onder toezicht staande instelling zowel geschikt als betrouwbaar te zijn. Het doel van de betrouwbaarheidstoets is borging van de integriteit van en het maatschappelijk vertrouwen in de financiële markten.¹⁰ De betrouwbaarheidsnorm is om dezelfde reden als de geschiktheidsnorm eveneens op twee plaatsen in de Wft verankerd, namelijk in art. 3:9 en 4:10 Wft. De norm behelst dat de betrouwbaarheid van bestuurders en commissarissen en leidinggevendenden uit het tweede echelon van banken en verzekeraars buiten twijfel dient te staan. De betrouwbaarheidsnorm is nader uitgewerkt in twee algemene maatregelen van bestuur. Waar het toetsingen betreft door DNB is dat het Besluit prudentiële regels Wft (het 'Bpr') en waar het toetsingen door de AFM aangaat is dat het Besluit Gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft (het 'BGfo'). In zowel het Bpr als het BGfo is bepaald dat DNB respectievelijk de AFM vaststelt of de betrouwbaarheid van de betrokken bestuurder of commissaris buiten twijfel staat op basis

⁸ *Stcr.* 2012, nr. 13546, p. 13.

⁹ Zie r.o. 6.3.

¹⁰ *Stb.* 2006, 519, p. 74 en *Stb.* 2006, 520, p. 167.

van diens voornemens, handelingen en antecedenten. De beoordeling van de betrouwbaarheid richt zich op feiten en omstandigheden, waaruit blijkt dat het vertoonde gedrag van betrokkene niet in overeenstemming is met een integere invulling en uitoefening van zijn functie. Voorbeelden van dergelijke feiten en omstandigheden zijn: niet de waarheid spreken, geen openheid geven over voor het toezicht relevante onderwerpen, niet discreet omgaan met vertrouwelijke informatie, zich niet houden aan afspraken of op een onverantwoordelijke wijze optreden in de beroepsuitoefening. Bij de beoordeling van de betrouwbaarheid dient een aantal factoren in aanmerking te worden genomen, namelijk (i) het onderlinge verband tussen de aan een antecedent ten grondslag liggende gedraging of gedragingen en de overige omstandigheden van het geval; (ii) de belangen die de Wft beoogt te beschermen; en (iii) de overige belangen van de onderneming en de betrokkene.

In de praktijk spelen vooral eventuele antecedenten een grote rol bij de betrouwbaarheidstoetsing.

Toetsingsmomenten en het hertoetsingstraject

De Wft vereist dat onder toezicht staande instellingen beschikken over geschikte bestuurders en commissarissen, wier betrouwbaarheid buiten twijfel staat. Het spreekt dan ook voor zich dat bestuurders en commissarissen worden getoetst door DNB respectievelijk de AFM vóórdat ze in functie treden.¹¹ Dit wordt ook wel aangeduid als toetsing 'aan de poort'. Daarbij geldt het uitgangspunt: eens geslaagd, blijft geslaagd. Hertoetsing is slechts toegestaan indien daartoe een 'redelijke aanleiding' bestaat. Voor de betrouwbaarheidsnorm is dit uitgangspunt neergelegd in de Wft. Daarin is bepaald dat de betrouwbaarheid van een persoon buiten twijfel staat wanneer dat eenmaal door een toezichthouder voor de toepassing van de Wft is vastgesteld, zolang niet een wijziging in de relevante feiten of omstandigheden een redelijke aanleiding geeft tot een nieuwe beoordeling.¹² Voor de geschiktheidsnorm volgt dit uit art. 1.5 Beleidsregel Geschiktheid.

De vraag die dan als vanzelf opkomt is welke feiten en omstandigheden kwalificeren als bedoelde redelijke aanleiding. Ook naar het antwoord op deze vraag zal men tevergeefs zoeken in de Wft dan wel (de toelichting op) het BGfo respectievelijk het Bpr. Noch in de wet noch in voornoemde lagere regelgeving is toegelicht wat verstaan wordt onder een redelijke aanleiding. Dat is reeds op zichzelf genomen opvallend, aangezien het een kernbegrip betreft dat een imperatieve voorwaarde vormt voor de toezichthouders om over te mogen toetsen. Het zou dan ook voor de hand hebben gelegen indien de wetgever enige handen en voeten zou hebben gegeven aan dit begrip. Anders dan de wetgever, hebben de toezichthouders in diverse berichtgevingen wel aandacht besteed aan dit kernbegrip. In de toelichting op de Beleidsregel Geschiktheid is vermeld dat de redelijke aanleiding ter beoordeling van de toezichthouder is en bijvoorbeeld gelegen kan zijn in een verandering in de samenstelling van een collectief, het ontbreken van opvolging voor een vertrekkende beleidsbepaler of in bij de toezichthouder levende twijfels over het functioneren van één of meer beleidsbepalers. Voorts is vermeld dat toezichthouders in de praktijk zullen afgaan op signalen die aanleiding kunnen zijn om te toetsen of de geschiktheid van een beleidsbepaler nog steeds voldoende is, zoals een onverwachte verandering in de resultaten of klachten van klanten over onzorgvuldige dienstverlening.¹³ Ook in de gezamenlijke nieuwsbrief van DNB en de AFM over toetsingen zijn voorbeelden opgenomen van feiten en omstandigheden die (volgens de toezichthouders) een 'redelijke aanleiding' kunnen vormen voor een hertoetsing van de betrouwbaarheid.¹⁴ Daarbij is benadrukt dat het slechts gaat om voorbeelden en dat er geen limitatieve opsomming bestaat van situaties die kwalificeren als een 'redelijke aanleiding' voor hertoetsing.

Uit het enkele feit dat de toezichthouder meent tot hertoetsing over te moeten gaan, volgt dat er kennelijk, al dan niet terecht, twijfels zijn gerezen over de betrouwbaarheid en/of geschiktheid van de betreffende bestuurder of commissaris.

De aan hertoetsing onderworpen bestuurder of commissaris weet dan ook dat als hij er niet in slaagt om de twijfels van de toezichthouder weg te nemen in het hertoetsingsgesprek, er een grote kans bestaat dat hij het veld zal moeten ruimen. Met dat beeld in gedachten zal hij doorgaans het hertoetsingsgesprek aangaan. De druk die daarvan uitgaat mag niet worden onderschat. Dat geldt tevens voor de setting waarin het hertoetsingsgesprek, dat een vast onderdeel uitmaakt van het hertoetsingstraject, plaatsvindt. Van de zijde van de toezichthouder zijn bij een dergelijk gesprek doorgaans drie personen aanwezig. De bestuurder of commissaris is tijdens het gesprek vrijwel steeds op zichzelf aangewezen,

¹¹ Overigens wordt in ieder geval door DNB bij elke toetsing advies gevraagd aan de AFM, zo verklaart AnneMarie Smit (afdelingshoofd Expertisecentrum Toetsingen DNB) in het interview 'Toetsingen in perspectief', in *Audit Magazine*, september 2013.

¹² Zie art. 3:9 lid 2 Wft en art. 4:10 lid 2 Wft.

¹³ *Stcrt.* 2012, nr. 13546, p. 20, waar nog meer voorbeelden zijn opgenomen. Zie ook Rb. Rotterdam 16 maart 2015, *JOR* 2015/110 m.nt. Nuyten.

¹⁴ Informatiebulletin Toetsingen AFM en DNB, versie mei 2012 A.

omdat bijstand door bijvoorbeeld een advocaat in de regel niet wordt toegestaan. Volgens de toezichthouder zou dat namelijk afbreuk doen aan het verlangde 'open en eerlijke' gesprek.

Is het hertoetsingstraject met voldoende waarborgen omkleed?

Waarborgen tijdens het (her)toetsingsgesprek

Dat de bestuurder of commissaris zich tijdens een (her)toetsingsgesprek niet door een derde mag laten vergezellen is onzes inziens niet vanzelfsprekend gelet op de verstrekende consequenties die verbonden zijn aan een eventuele aftoetsing voor zowel de betrokken bestuurder als de onder toezicht staande instelling die hem heeft voorgedragen respectievelijk waarbij hij werkzaam is. Daarbij is relevant dat het (her)toetsingsgesprek in belangrijke mate de uitkomst van vooral geschiktheidstoetsingen bepaald. Het komt niet zelden voor dat een negatieve uitkomst van een (her)toetsing voor een groot deel wordt gebaseerd op de mededelingen of 'houding' van betrokkene tijdens het (her)toetsingsgesprek. Het belang van deze gesprekken wordt ook nadrukkelijk onderstreept in berichtgeving van de toezichthouders zelf. Verwezen zij bijvoorbeeld naar Nieuwsbrief 'Het toetsingsgesprek' d.d. 19 november 2013 van DNB: *'Waarom een gesprek. Vaardigheden of competenties zijn lastig vanaf papier te toetsen (...). In een persoonlijk gesprek kunnen wij ons hier wel een goed beeld van vormen. Ook inhoudelijke kennis kan aan bod komen.'*¹⁵ Juist gelet op de relevantie die door de toezichthouders aan toetsingsgesprekken wordt toegekend, zou het aangewezen zijn om bijstand tijdens deze gesprekken toe te staan.

Een bestuurder of commissaris die zich tijdens het gesprek wil laten vergezellen door een derde, bijvoorbeeld een interne (bedrijfs)jurist of een advocaat, krijgt echter steevast te horen dat dit niet wenselijk is. Daar wordt dan bij vermeld dat de uitnodiging voor het toetsingsgesprek een 'vrijwillig' informatieverzoek betreft en dat DNB respectievelijk de AFM dus geen gebruik maakt van haar wettelijke bevoegdheid om inlichtingen te vorderen zodat geen medewerkingsplicht geldt. Voorts wordt opgemerkt dat, indien de betreffende bestuurder zou weigeren het toetsingsgesprek zonder aanwezigheid van een advocaat of een andere derde aan te gaan, het onderzoek zal worden afgerond op basis van de beschikbare informatie uit deskresearch.

Het zal niet verbazen dat de meeste bestuurders en commissarissen er na dergelijke mededelingen van de toezichthouder voor opteren niet te veel tegengas te geven om zo te voorkomen dat zij reeds voordat het gesprek heeft plaatsgevonden met 1-0 achterstaan. Zij kiezen er, begrijpelijkerwijs, om die reden doorgaans voor gehoor te geven aan de wens van de toezichthouder om het (her)toetsingsgesprek solo aan te gaan. Tegen deze gang van zaken verzet zich onzes inziens ook het bepaalde in art. 2:1 Algemene wet bestuursrecht ('Awb'). Dat artikel waarborgt dat eenieder zich ter behartiging van zijn belangen in het verkeer met bestuursorganen kan laten bijstaan of door een gemachtigde kan laten vertegenwoordigen. Met andere woorden, uit dit artikel volgt dat bestuurders en commissarissen het *recht* hebben zich tijdens het (her)toetsingsgesprek te laten bijstaan. Het is aan de persoon die voor het hertoetsingsgesprek is opgeroepen om te beoordelen of hij dat recht wenst te effectueren. Die keuze is derhalve voorbehouden aan de betrokken bestuurder of commissaris en niet aan DNB of de AFM. Dat de toezichthouders van mening zijn dat bij hertoetsingsgesprekken geen gebruik zou mogen worden gemaakt van dit wettelijke recht op bijstand doet daarbij niet ter zake. DNB lijkt een andere mening te zijn toegedaan, nu zelfs publiekelijk door haar medewerkers standpunten worden ingenomen waaruit blijkt dat een bestuurder of commissaris zich niet door een derde mag laten vergezellen bij een toetsingsgesprek. In een recent artikel in het NRC Handelsblad over toetsingsgesprekken is mevrouw AnneMarie Smit (hoofd Expertisecentrum Toetsingen bij DNB) gevraagd hoe zij aankijkt tegen het feit dat veel personen van mening zijn dat ze een advocaat mogen meenemen.¹⁶ Smit heeft in reactie daarop, zo volgt uit voornoemd artikel, gezegd dat ze dat 'een rare move' vindt, omdat het persoonlijk is. Daar heeft ze aan toegevoegd: *'Het gaat om jouw betrouwbaarheid. Bij een examen neem je ook niet je moeder mee.'* Hoewel snedig, snijdt deze repliek onzes inziens toch geen hout. Daarbij is relevant dat, zoals ook volgt uit art. 2:1 Awb, onderscheiden moet worden tussen vertegenwoordiging en bijstand. Bij vertegenwoordiging treedt de vertegenwoordiger als het ware in de plaats van de justitiabele. De justitiabele hoeft in dat geval ook niet in persoon aanwezig te zijn bij de interactie met het bestuursorgaan. Bij bijstand ligt dat anders. Dan blijft het de justitiabele zelf die acteert, zij het dat hij zich daarbij laat vergezellen door een bijstandsverlener. Ook wij zijn van mening dat hertoetsing (in bepaalde opzichten) gelijkenissen vertoont met het afleggen van een examen waarbij betrokkene geen recht kan doen gelden op vertegenwoordiging.

Zoals betrokkene uiteraard zelf het examen dient af te

¹⁵ Te raadplegen via: www.dnb.nl.

¹⁶ Artikel 'Pas op, of we gaan je toetsen', NRC Handelsblad 4 april 2015, p. 6 - 7.

leggen, zal hij ook zelf de hertoetsingsprocedure dienen te doorlopen. Dat laat echter onverlet dat hij zich daarbij wel kan laten bijstaan.

Het recht op bijstand is in de praktijk om verschillende redenen nuttig en wenselijk. Dat geldt bijvoorbeeld ten aanzien van het gespreksverslag. De toezichthouder maakt namelijk zelf wel een verslag, maar de betrokken bestuurder of commissaris ontvangt daar in beginsel geen kopie van, zelfs niet als daar expliciet om wordt verzocht. Pas wanneer naar aanleiding van de uitkomst een maatregel wordt opgelegd, bijvoorbeeld een aanwijzing, en in dat kader wordt verzocht om een kopie van het door de toezichthouder gemaakte gespreksverslag kan betrokkene daarvan kennis nemen. Een veelgehoorde klacht is dan dat bestuurders zich niet herkennen in hetgeen in het verslag is opgetekend of dat het verslag onjuist of onvolledig is dan wel dat mededelingen uit hun context zijn gehaald. Wanneer er geen derde bij het gesprek aanwezig is geweest, blijft het een 'welles-nietes' verhaal tussen de bestuurder en de personen die namens de toezichthouder bij het gesprek aanwezig waren. Mocht het tot een procedure komen dan staat de bestuurder in dat geval reeds met 1-0 achter. Het is immers louter zijn verhaal tegenover het verhaal van drie of vier personen van de zijde van DNB of de AFM. Bijstand kan ook nuttig zijn om te voorkomen dat tijdens het toetsingsgesprek ongeoorloofde druk wordt uitgeoefend op de betrokken bestuurder of commissaris, bijvoorbeeld door het stellen van 'leading questions'. Voorts moet worden bedacht dat de aanleiding om tot hertoetsing over te gaan niet zelden is gelegen in een omstandigheid die voor de toezichthouder ook aanleiding vormt om het opleggen van (punitieve) sancties te overwegen. Zeker in die gevallen – waarin betrokkene soms zelfs al de cautie is gegeven – valt naar onze mening te begrijpen dat een bestuurder of commissaris zich wil laten bijstaan.

Waarborgen na aftoetsing en 'vrijwillige' terugtrekking voordracht of vertrek

Vorengaande is de opmaat voor de vraag welke (mate van) rechtsbescherming openstaat tegen een negatief betrouwbaarheids- en/of geschiktheidsoordeel. Doorgaans stelt DNB of de AFM de betrokken instelling en de desbetreffende (kandidaat-)bestuurder of commissaris eerst telefonisch op de hoogte van de uitkomst van de toetsing. Bij een negatieve uitkomst wordt de onder toezicht staande instelling tijdens het telefoongesprek gewezen op de mogelijkheid om de voordracht in te trekken (bij een toetsing aan de poort) dan wel te bewerkstelligen dat de betrokken bestuurder of commissaris vrijwillig terugtreedt (bij een hertoetsing). Dit laatste wordt ook de betrokkene zelf in overweging gegeven. Gaat het om een toetsing aan de poort dan kiezen veel onder toezicht staande instellingen er na een dergelijke boodschap van de toezichthouder voor om de voordracht inderdaad in te trekken. Daarbij speelt primair een rol dat de instelling de goede relatie met de toezichthouder niet op het spel wenst te zetten. Dit is vanuit de optiek van de onder toezicht staande instelling een begrijpelijke keuze. Voor de betrokken bestuurder of commissaris is dit echter minder gelukkig. Die weet dan wel dat hij is afgetoetst, maar beschikt niet over een formeel besluit in de zin van de Awb waartegen hij als belanghebbende rechtsmiddelen kan aanwenden. Het is immers alleen mogelijk om bezwaar te maken en beroep in te stellen tegen een besluit in de zin van de Awb, te weten 'een schriftelijke beslissing van een bestuursorgaan, inhoudende een publiekrechtelijke rechtshandeling'. Wanneer het een hertoetsing betreft ligt een en ander gecompliceerder omdat aan heenzending van een bestuurder of commissaris ook allerlei arbeidsrechtelijke consequenties zijn verbonden waar rekening mee dient te worden gehouden alvorens de betrokken bestuurder of commissaris naar aanleiding van het telefoontje van de toezichthouder zijn congé kan worden gegeven. Ook komt het geregeld voor dat de betrokken instelling het niet eens is met het oordeel van de toezichthouder en eigenlijk geen afscheid wil nemen van de desbetreffende bestuurder of commissaris. Daarbij dient in ogenschouw te worden genomen dat het in sommige gevallen gaat om een reeds jarenlang bestaande relatie tussen het individu en de vennootschap, waar met de negatieve toetsingsuitslag abrupt een einde aan dient te worden gemaakt. Desalniettemin komt het in de praktijk geregeld voor dat ook in die situaties de onder toezicht staande instelling omwille van het behoud van de goede relatie met de toezichthouder besluit om zich bij het negatieve oordeel neer te leggen. De desbetreffende bestuurder of commissaris wordt dan vriendelijk doch dringend verzocht 'vrijwillig' te vertrekken dan wel een andere niet-beleidsbepalende functie te accepteren. Veel bestuurders en commissarissen kiezen er in die situatie voor de eer aan zichzelf te houden en te vertrekken. In het bericht waarin het vertrek wordt aangekondigd wordt meestal een andere reden opgegeven dan aftoetsing en ook wordt zo mogelijk gewacht tot een logisch moment om het vertrek aan te kondigen, bijvoorbeeld ter gelegenheid van een aandeelhoudersvergadering. Dat is een begrijpelijke beslissing gelet op de reputatieschade die ontstaat wanneer zelfs maar de enkele aankondiging van hertoetsing door DNB respectievelijk de AFM bekend wordt in de markt, laat staan een negatieve uitkomst daarvan.¹⁷ Het grote nadeel van een dergelijk 'vrijwillig' vertrek is

¹⁷ Zie ook de vele berichten in de media naar aanleiding van de uitspraak van de Rb. Rotterdam 16 maart 2015, JOR 2015/110 m.nt. Nuyten.

echter dat de afgetoetste bestuurder geen formeel besluit heeft waarin het negatieve oordeel is neergelegd, waardoor hij daar niet in rechte tegen kan opkomen.

Waarborgen na een Awb-besluit

Wordt wel geweigerd om de voordracht 'vrijwillig' in te trekken respectievelijk 'vrijwillig' terug te treden, dan zal de toezichthouder het negatieve betrouwbaarheids- en/of geschiktheidsoordeel aan het papier toevertrouwen. Dat geschiedt als eerste in een zogenaamd 'voorgenomen besluit' tot bijvoorbeeld afwijzing van de vergunningaanvraag of tot het heenzenden van de betrokken bestuurder. Tegen dit 'voorgenomen besluit' kan een 'zienswijze' worden ingediend bij dezelfde toezichthouder van wie het 'voorgenomen besluit' afkomstig is. Vervolgens zal DNB respectievelijk de AFM, als het goed is met inachtneming van de zienswijze, beslissen of zij uitvoering wenst te geven aan het betreffende 'voorgenomen besluit'. Zo ja, dan ontvangt de onder toezicht staande instelling een besluit in de zin van de Awb waartegen bezwaar en (hoger) beroep open staat. Het bezwaarschrift dient te worden ingediend bij dezelfde toezichthouder als die het primaire besluit heeft genomen. Vervolgens dient de toezichthouder het primaire besluit te heroverwegen en de uitkomst daarvan te vervatten in een zogenaamde 'beslissing op bezwaar'. Tegen de 'beslissing op bezwaar' kan vervolgens beroep worden ingesteld bij de rechtbank Rotterdam.

Voordat een bestuurder of commissaris het negatieve oordeel van de toezichthouder aan een rechter heeft kunnen voorleggen, is hij dus al geruime tijd verder.¹⁸ De hiervoor beschreven rechtsgang is niet uniek, het betreft de normale gang van zaken in het bestuursprocesrecht. De reden dat hier vanuit de praktijk vooral waar het geschiktheidstoetsingen betreft desalniettemin veel kritiek op is, houdt verband met de verschillende rollen die de toezichthouders in het gehele hertoetsingstraject vervullen. Dat begint al met de regelgeving. Zoals hiervoor toegelicht, is in wetgeving of in een algemene maatregel van bestuur niet nader uitgewerkt wanneer iemand 'geschikt' is, maar zijn daar (slechts) in de gezamenlijke door DNB en de AFM opgestelde Beleidsregel Geschiktheid criteria voor geformuleerd. Voorts is het DNB respectievelijk de AFM die vervolgens bepaalt of er een 'redelijke aanleiding' is tot hertoetsing. Als dat volgens DNB respectievelijk de AFM het geval is, dan vindt er een toetsingsgesprek plaats met medewerkers van DNB respectievelijk de AFM. Mochten die medewerkers tot een negatief oordeel komen hetgeen resulteert in een voorgenomen besluit, dan kan daartegen een zienswijze worden ingediend bij wederom DNB respectievelijk de AFM. Vervolgens neemt dezelfde toezichthouder een primair besluit, waartegen bij wederom diezelfde toezichthouder bezwaar kan worden gemaakt. DNB en de AFM maken derhalve zelf de regels, houden daar zelf toezicht op en beoordelen vervolgens zelf of zij de door hen gemaakte regels correct hebben toegepast. Het verbaast niet dat er vanuit de markt weerstand bestaat tegen deze gang van zaken.

Wanneer dan het hele traject tot de beslissing op bezwaar is doorlopen dienen de betreffende onder toezicht staande instelling en bestuurder of commissaris vervolgens te bepalen of zij de gang naar de rechter willen maken. Die gang is niet altijd zonder risico's. Indien de rechtbank al zou instemmen met een behandeling achter gesloten deuren, dan dient er toch steeds rekening mee te worden gehouden dat de uitspraak zal worden gepubliceerd op www.rechtspraak.nl. Hoewel de uitspraak wordt geanonimiseerd, leert de ervaring dat het journaal doorgaans weinig moeite heeft om de namen van de hoofdrolspelers te achterhalen. Aan een gang naar de rechter kleven derhalve de nodige risico's op reputatieschade. Dit zou kunnen worden gepareerd door in de Wft een bepaling op te nemen dat (i) procedures over betrouwbaarheids- en geschiktheidsoordelen altijd plaats dienen te vinden achter gesloten deuren; en (ii) de uitspraak niet op www.rechtspraak.nl wordt geplaatst of anderszins door de rechtbank of het College van Beroep voor het bedrijfsleven mag worden gepubliceerd. Dit is echter om meerdere redenen niet ideaal. Daarbij komt dat de uitspraak dan nog steeds in het openbaar zal moeten worden gedaan. Op dat grondwettelijk verankerde uitgangspunt lijken geen uitzonderingen mogelijk.

Het zal mede in dat licht niet verbazen dat er ook wel stemmen opgaan om DNB en de AFM niet langer te belasten met de (her)toetsing van bestuurders en commissarissen, maar deze bevoegdheid onder te brengen bij een ander orgaan of instituut. Ook wij hebben daar al eerder voor gepleit,¹⁹ met name vanuit de gedachte dat het onwenselijk is dat de mate waarin afgetoetste bestuurders en commissarissen thans rechtsbescherming (kunnen) genieten in sterke mate wordt bepaald door de opstelling die de desbetreffende onder toezicht staande instelling kiest. Daarbij kan niet

¹⁸ Volledigheidshalve merken wij op dat dit anders kan zijn wanneer de 'begunstigings-termijn' – d.w.z. de termijn waarbinnen de bestuurder dient te zijn heengezonden – dermate kort is dat de bestuurder reeds het veld dient te hebben geruimd voordat er überhaupt een beslissing op bezwaar is. In dat geval is het noodzakelijk om de voorzieningenrechter van de Rechtbank Rotterdam te verzoeken om schorsing van het besluit tot heenzending.

¹⁹ Zie bijv. G.P. Roth en J.S. Roepnarain, 'De toetsing van bestuurders en commissarissen door de AFM en DNB', *Ondernemingsrecht* 2014/95, p. 479 - 489.

worden weggedacht dat die, begrijpelijkerwijs, doorgaans de goede toezichtrelatie laten prevaleren en er om die reden vanaf zien zich te verzetten tegen een negatieve uitkomst van de (her)toetsing. Zoals hiervoor toegelicht, wordt het voor de individuele bestuurder of commissaris dan ook vaak onmogelijk om de zaak nog voor te leggen aan de bestuursrechter.

Afrondende opmerkingen

Over de betrouwbaarheids- en geschiktheidstoetsingen voor bestuurders en commissarissen, en sedert 1 april 2015 ook het tweede echelon bij banken en verzekeraars, zijn veel kritische geluiden te horen. Deze geluiden hebben met name betrekking op de wijze waarop vooral de geschiktheidstoetsing door DNB respectievelijk de AFM wordt verricht. Ook worden er, inmiddels ook op politiek niveau, vraagtekens geplaatst bij de rechtswaarborgen waarmee het (her)toetsingstraject is omkleed. Dit, terwijl vrijwel niemand – ook wij niet – het belang ter discussie zou willen stellen van betrouwbare en geschikte bestuurders en commissarissen. Even belangrijk is echter dat de toetsing van (kandidaat-)bestuurders en commissarissen objectief en *fair* wordt verricht en geen onderdeel vormt van een krachtenveld dat vrijwel geheel door de toezichthouders wordt gedomineerd. Het gevoel dat zowel binnen als buiten de financiële sector heeft postgevat, is dat er in voorkomende gevallen aan kan worden getwijfeld of toetsingen wel objectief en *fair* zijn verricht. Dat houdt ook verband met de huidige inrichting van het hertoetsingstraject waarin de toezichthouders wel erg veel verschillende rollen vervullen. DNB en de AFM maken zelf de regels, houden daar zelf toezicht op en beoordelen vervolgens zelf of zij de door hen gemaakte regels correct hebben toegepast. Wat daarbij ook niet helpt, is dat de toezichthouders doorgaans weigeren om bijstandsverleners toe te laten tot hertoetsingsgesprekken en weigeren om betrokkene een kopie te verstrekken van het gespreksverslag, zodat hij daar desgewenst zijn visie op kan geven. Daar komt bij dat, mede vanwege de grote invloed die DNB respectievelijk de AFM kan uitoefenen op de samenstelling van een raad van bestuur of raad van commissarissen, het risico bestaat dat zij teveel op de stoel van de onderneming gaan zitten. Wij verwijzen in dezen naar de opvattingen die AnneMarie Smit, afdelingshoofd Expertisecentrum Toetsingen DNB, hierover heeft laten optekenen in een interview: *‘We kijken altijd naar wat de onderneming nodig heeft. (...) We beoordelen hoe de rest van het bestuur is samengesteld en hoe de kandidaat daarin past. De samenwerking moet natuurlijk wel kans van slagen hebben. Ook kan iemand op zich heel geschikt zijn, maar als het de derde of vierde persoon is die een bepaald type kennis toevoegt, dan is het toch echt de vraag wat de toegevoegde waarde daarvan is.’*²⁰ Dit illustreert onzes inziens nog eens hoe ver de weegschaal is doorgeslagen naar de zijde van de toezichthouders, waardoor de autonomie van commerciële onder toezicht staande instellingen ten onrechte aanzienlijk is beperkt. Het is namelijk niet primair aan DNB om te beoordelen wat een onderneming nodig heeft noch of de samenwerking met een op zichzelf betrouwbare en geschikte bestuurder kans van slagen zal hebben noch om te bepalen wat de toegevoegde waarde is van die persoon als de onderneming zelf de keuze heeft gemaakt om de betreffende persoon te laten toetreden tot de raad van bestuur. Zo ver reikt de bevoegdheid van DNB op grond van de wet niet. Dat wordt ook bevestigd in de meergenoemde uitspraak ter zake Delta Lloyd. Uit die uitspraak valt op te maken dat DNB wilde dat Delta Lloyd een CRO zou benoemen in haar raad van bestuur. Dat dit aanvankelijk door Delta Lloyd werd geweigerd, was volgens DNB een relevante omstandigheid bij de toetsing van de geschiktheid van de CFO. De rechtbank oordeelde echter dat Delta Lloyd in juridische zin niet gehouden was te voldoen aan de verzoeken van DNB om een CRO in haar raad van bestuur te benoemen.²¹

Onze slotopmerking is de volgende. DNB en de AFM beschikken met het (her)toetsingsinstrument over een machtig instrument. Het gevaar – de verleiding zo u wilt – bestaat eruit dat dat instrument ook voor andere doelen wordt ingezet dan waar het voor is bedoeld, waarbij de toezichthouder bovendien te zeer op de stoel van de onderneming plaatsneemt. Daarbij komt dat voor de toezichthouders tegenwoordig een vergaande beperking van aansprakelijkheid geldt,²² waardoor aftoetsing en heen-zending voor hen een relatief risicoloze aangelegenheid is geworden. Daarmee is de toch al zwakke rechtspositie van afgetoetste bestuurders en commissarissen verder afgekald. Naar onze mening is de pendule te ver doorgeslagen en zou de regelgever er goed aan doen om te bezien hoe het niveau van rechtsbescherming in dezen kan worden verhoogd. Dat voorts (met name) DNB haar macht tegenwoordig nadrukkelijker etaleert mag een logisch gevolg zijn van de lessen die zijn getrokken uit de diverse crises en deconfituren. Het zou echter een misrekening zijn om te veronderstellen dat deze toegenomen macht ook tot een lager niveau van rechtsbescherming zou moeten leiden. Het tegendeel is het geval, zoals de geschiedenis al meermaals uitwees. ■

²⁰ Interview met AnneMarie Smit in *De Onderlinge* augustus/september 2013, ‘Wie op zijn functie is voorbereid, komt ook door de geschiktheidstoets’.

²¹ Zie r.o. 4.3.

²² Zie artikel 1:25d Wft.